

0

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

IANDARA ROMÃO RODRIGUES

**A REPARAÇÃO HISTÓRICA DA POPULAÇÃO AFRO-BRASILEIRA E A
CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS AÇÃO
DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41**

UBERLÂNDIA
2019

IANDARA ROMÃO RODRIGUES

**A REPARAÇÃO HISTÓRICA DA POPULAÇÃO AFRO-BRASILEIRA E A
CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS AÇÃO
DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41**

Trabalho de Conclusão de Curso, submetido na
Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”
como requisito básico para a conclusão do
Curso de Direito.

Orientadora: Professora Daniela de Melo
Crosara.

UBERLÂNDIA

2019

IANDARA ROMÃO RODRIGUES

**A REPARAÇÃO HISTÓRICA DA POPULAÇÃO AFRO-BRASILEIRA E A
CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS AÇÃO
DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41**

Trabalho de Conclusão de Curso, submetido na
Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”
como requisito básico para a conclusão do
Curso de Direito.

Orientadora: Professora Daniela de Melo
Crosara.

Professora Daniela de Melo Crosara, Dra.
Presidente da Banca – Orientadora

Professora Alice Ribeiro de Sousa, Dra.
Membro

UBERLÂNDIA

2019

Dedico este trabalho a todos que contribuíram direta ou indiretamente em minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela saúde e disposição que me permitiram a realização deste trabalho.

Aos meus familiares pela compreensão na ausência nos finais de semana durante meses, e em especial minha irmã Nayara Rodrigues, por sempre me auxiliar na correção e revisão de minha escrita na graduação.

À minha orientadora Professora Doutora Daniela de Melo Crosara, pelo auxílio no desenvolvimento deste.

Aos amigos do curso de Direito Turma 71º UFU, por estarem comigo durante toda a trajetória acadêmica, pelas palavras de amizade tão importantes para o incentivo na conclusão deste trabalho.

Agradeço também a todos autores utilizados como referência, que de alguma forma contribuíram para a realização deste estudo, em especial aos autores negros que me serviram de inspiração nos momentos difíceis.

RESUMO

Este trabalho visa apresentar o processo de abolição da escravidão no Brasil, bem como o abandono social a que a população negra foi submetida, oriunda do tráfico de pessoas que ocorreu na África, através dos Portugueses, população esta que foi deixada sem efetivas indenizações no período, após realizar o desenvolvimento estrutural do país, este abandono impedia meios próprios de subsistência. Após buscará evidenciar as atuais taxas de desigualdade no país, e a necessidade de políticas públicas que corrijam essa situação de enorme discrepância que surgiu neste período e persiste. Destacando também o surgimento das ações afirmativas no ensino superior e nos concursos públicos, ações essas que são consideradas políticas públicas, que visam corrigir essa desigualdade material histórica e a razão da necessidade de pacificar controvérsias dessas temáticas através de ações constitucionais, em razão desta temática estar inserida dos preceitos fundamentais da Constituição Federal. Apresentando os conceitos do controle de constitucionalidade, e como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 foi pioneira na adoção de medidas e a Ação Declaratória de Constitucionalidade 41 foi um passo futuro a essa caracterizando o objetivo da concretização da dignidade humana. Tem como objetivo, demonstrar as razões pelas quais as cotas raciais nos concursos públicos são constitucionais, utilizando o relatório da ADC 41, com ênfase no voto do Ministro Relator Senhor Luís Roberto Barroso. Tendo sido realizado uma revisão bibliográfica de todos os conceitos utilizados, para demonstrar como se atingiu a situação de desigualdade, apontando os dados do estudo realizado pelo IBGE e a razão de buscar a igualdade material. Por fim, conclui-se que não foram violados os princípios da eficiência e do concurso público, pois de fato as cotas somente visam garantir oportunidade, na disputa de vagas, e a eficiência é atingida pois todos os candidatos negros possuem as condições estabelecidas no edital. Destaca-se também, o fato da lei 12.990/2014 estabelecer condições que visem inibir as fraudes pelos candidatos referentes a autodeclaração.

Palavras chaves: 1. Cotas Raciais; 2. Ações Afirmativas; 3 Desigualdade; 4. Escravidão

ABSTRACT

This work aims to present the process of abolition of slavery in Brazil, as well as the social abandonment to which the black population was subjected, originating from the human trafficking that occurred in Africa, through the Portuguese, that population was left without effective compensation in the period. , after realizing the structural development of the country, this abandonment prevented own livelihoods. After, it will try to highlight the current rates of inequality in the country, and the need for public policies that correct this situation of huge discrepancy that emerged in this period and persists. Also highlighting the emergence of affirmative actions in higher education and public tenders, these actions are considered public policies, aimed at correcting this historical material inequality and the reason for the need to pacify controversies of these themes through constitutional actions, because of this theme being of the fundamental precepts of the Federal Constitution. Introducing the concepts of constitutionality control, and how Fundamental Argument Non-Compliance Argument 186 was a pioneer in the adoption of measures, and Constitutionality Declaratory Action 41 was a future step in this characterizing the goal of realizing human dignity. Its objective is to demonstrate the reasons why racial quotas in public tenders are constitutional, using the report of ADC 41, with emphasis on the vote of the Rapporteur Minister Luís Roberto Barroso. Having performed a literature review of all the concepts used, to demonstrate how the situation of inequality was reached, pointing out the data from the study conducted by IBGE and the reason for seeking material equality. Finally, it is concluded that the principles of efficiency and public tender were not violated, because in fact the quotas only aim to guarantee opportunity, in the dispute of vacancies, and the efficiency is reached because all black candidates have the conditions established in the public notice. . Also noteworthy is the fact that Law 12.990 / 2014 establishes conditions that aim to inhibit fraud by candidates regarding self-declaration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO.....	11
1.1 ESCRAVIDÃO NO BRASIL.....	11
1.2 A LEI ÁUREA E O ABANDONO SOCIAL.....	13
1.3 SÉCULO XXI	16
1.4 DISCRIMINAÇÃO NO BRASIL.....	17
1.5 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMOS REPARATÓRIOS.....	23
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
2.1. DIREITOS DE IGUALDADE	30
2.2 CONJUNTURA DA POPULAÇÃO NEGRA.....	32
3. AÇÕES CONSTITUCIONAIS	35
3.1 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	37
3.2 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE	40
3.3 SITUAÇÃO A NÍVEL ESTADUAL	50
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

O regime de escravidão foi utilizado no Brasil, para o desenvolvimento do país e para que fosse atendida a demanda oriunda da exploração do território. Estima-se que os Portugueses, colonizadores do país, realizaram o tráfico de cerca de 4,9 milhões de africanos. Este período escravocrata durou cerca de 300 anos, e somente com o início do movimento abolicionista, no século XIX se intensifica o debate para o fim da escravidão.

Com a decretação da Lei Áurea em 1888 foi garantida a liberdade total para os negros, ocorre que neste período os negros foram abandonados pelo Estado, pela falta de políticas que o reintegrassem na sociedade, e muitos não tinham meios de subsistência própria, foi implementado ainda por meio do estado uma política de embranquecimento da população que traz a sociedade uma ideia de superioridade da população branca sobre a preta, ideia esta que se perpetuou na sociedade atual, o chamado racismo institucional.

O presente trabalho, buscará evidenciar porque direitos consagrados como a igualdade são devidos a população negra, e em decorrência deste direito porque as cotas raciais nos concursos públicos são constitucionais, tendo como ponto de partida o processo de abolição de escravidão e o abandono social.

Nesse contexto, em um primeiro momento visa apresentar conceitos, definições necessárias para explicar a razão de a população negra, necessitar de medidas assecuratórias para os direitos garantidos na Constituição Federal Brasileira como a política pública de ações afirmativas como as cotas raciais. Realizando um levantamento histórico da escravidão no Brasil e as condições que a população negra foi deixada após a abolição pois as desigualdades atuais, são oriundas deste processo de abandono. Apontando também os mecanismos criados e existentes que buscam superar essa situação como o Estatuto da Igualdade Racial e discutindo brevemente sobre esse período de luta.

Posteriormente, demonstrará através de dados, que no Brasil, no que tange a desigualdade, em diversos setores como educação, ocupação, renda, crime e participação política, existe uma diferença enorme entre a população negra e não negra, dados esses das pesquisas PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) realizadas pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e

também pelo estudo desenvolvido pelo mesmo órgão que visa apontar as desigualdades existentes decorrentes a raça.

Por fim, em razão desses dados, que demonstram a situação de desigualdade encontrada no país, e ao período de abolição da escravidão, buscará explicitar a forma com que os as cotas universitárias e de concurso públicos visam corrigir essa situação, buscando a aplicação da igualdade material. Além disso, procura-se evidenciar como as ações constitucionais asseguram direitos que estão previstos na Constituição Federal, e explicar a razão de serem um avanço importante e a necessidade de eliminar controvérsias sobre o tema via ações constitucionais, demonstrando conforme o relatório da ADC 41 os motivos de sua constitucionalidade.

Mesmo após 131 anos da abolição da escravidão, discutir e apresentar os fundamentos desses direitos fundamentais serem efetivados pelo estado através das ações constitucionais, mostra-se relevante, para que seja evidenciado a comunidade acadêmica que as desigualdades não foram corrigidas e que estas precisam ser asseguradas pela instância máxima do judiciário, tornando impossível que os juízes atuem com discricionariedade em possíveis recursos.

Portanto, demonstra-se os conceitos sobre o controle de constitucionalidade realizado pelo judiciário e as definições de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Declaratória de Constitucionalidade, mecanismos pelos quais foi realizado o controle de constitucionalidade das cotas de Universidade Pública e de Concurso Público respectivamente, apontando os motivos pelos quais são discutidas as afrontas aos princípios constitucionais, mesmo que de forma indevida.

Neste trabalho, a partir de pesquisas desenvolvidas sob a perspectiva do método de abordagem dedutivo, com base em bibliografias, para desenvolvimento do processo de abolição da escravidão por Dagoberto Jose Fonseca e outros. A leitura de bibliografias acadêmicas e livros de direito, que buscaram compreender conceitos como ações afirmativas, políticas públicas, discriminação e diversos assuntos, nas perspectivas de autores como Joaquim B. Barbosa Gomes, Daniela de Melo Crosa, Celina Souza, Luciana de Barros Jaccoud e outros.

Direcionando a pesquisa para as taxas de desigualdade no país e os direitos preconizados na Constituição Federal, para isso, foram utilizados dados do IBGE, para uma apontamentos do perfil racial de desigualdade persistente da população Brasileira, motivo pelo qual justifica a existência das ações afirmativas no país. Apontando, através de estudo do Relatório da ADC 41, principalmente no voto do

ministro relator, os motivos da constitucionalidade das ações afirmativas nos concursos públicos.

1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

O Brasil foi descoberto em 22 de abril 1500 D.C., até este momento só residiam no país os índios em suas diversas tribos. Com a chegada dos Portugueses, por anos o país fica refém da catequização, exploração de suas terras e escravidão. Somente em 1822 se conquista a independência, durante todo este período e por alguns anos seguintes, os portugueses traziam da África, mão de obra negra para realizar a exploração do território.

1.1 ESCRAVIDÃO NO BRASIL

Sabe-se que o Brasil tem em sua história, um longo processo escravocrata, que ocorreu entre os séculos XVI e XIX. Quando os portugueses chegaram no país e descobriram a existência da demanda de serviços, sentiram a necessidade de um grande número de trabalhadores, para as grandes fazendas produtoras de cana de açúcar, estima-se que cerca de 4,9 milhões de africanos vieram para o Brasil.

Os africanos escravizados para o Brasil, como em outras partes do mundo e em toda a história desse vil sistema político-econômico, eram aqueles que detinham excelentes capacidades físicas, mentais e se encontravam na sua maioria em idade produtiva e reprodutiva, portanto perfeitos culturais, social e tecnologicamente falando.¹

Com a já exploração e dominação dos territórios africanos, após 1518, apoiados pela Igreja Católica, os portugueses ampliaram o tráfico de africanos escravizados para as Ilhas Canárias e para as Américas, em parceria com a Coroa Espanhola, estes buscaram a mão de obra escrava, para ocupar cargos de plantio no país.

No Brasil, as forças de trabalho dos negros foram empregadas basicamente por abusos e violências, as longas jornadas de trabalho estabeleciam uma péssima condição de vida, capaz de diminuir drasticamente a expectativa de vida dos escravos, ao mesmo tempo que a violência física se tratava como um instrumento de dominação. A mão de obra negra foi utilizada, no trabalho nos latifúndios de cana de açúcar, nas minas de ouro e diamantes, nas fazendas de café ou no trabalho doméstico ao longo dos séculos XVI, XVII, XVIII e XIX.

¹ FONSECA, Dagoberto J. História da África e afro brasileira na sala de aula. In: Souza, Rosana de; Benedito, Vera Lúcia (orgs.). Orientações curriculares: expectativas de aprendizagem para a educação étnico-racial na educação infantil, ensino fundamental e médio. São Paulo: Secretaria Municipal de Educação, DOT, 2008, p.54.

Durante o período de escravidão, os negros tiveram o papel fundamental nas lutas pela independência do país, na busca pela liberdade do seu povo, pela democracia e pelo direito à igualdade, bem como no desenvolvimento do país.

Após os quase 300 anos de duração da escravidão, onde a economia brasileira contava principalmente com esse trabalho, para realizar as atividades nas fazendas e nas minas, as providências de libertação dos escravos deveriam começar a ser tomadas, mesmo que lentamente.

Com o surgimento do movimento abolicionista, na segunda metade do século XIX, e do pensamento liberal oriundo da Revolução Burguesa na França e da Revolução Industrial Inglesa, a região sul do Brasil passou a empregar trabalhadores assalariados brasileiros e imigrantes, já na região norte, começa a ser utilizado uma quantidade menor de escravos. Assim, se fortifica o debate sobre o fim da escravidão, e as políticas implementadas neste período, fazem com que as desigualdades entre as populações se alavanquem.

A primeira etapa do processo foi em 1850, com a extinção do tráfico no Brasil através da Lei Eusébio de Queiroz, contudo, sabe-se que esta lei não permite que seja extinguido imediatamente o tráfico, que de maneira ilegal continuou até o final do século XIX.

Em seguida em 1871, foi promulgada a Lei do Ventre-Livre, que tornava livre os filhos de escravos nascidos a partir da decretação da lei. Contudo o que ocorreu, foi que muitas crianças foram tiradas da mãe pelos escravistas, outras não foram livres por necessitarem dos cuidados da mãe que ainda não estava liberta, e algumas mães foram obrigadas a abortar.

[...]As crianças que chegaram a nascer após a Lei do Ventre Livre foram colocadas na roda dos expostos de congregações religiosas e das Santas Casas de Misericórdia, ou deixadas ao léu nas ruas. Estudos históricos, sociológicos e antropológicos têm demonstrado que essa lei levou ao surgimento das crianças de rua, sem pais ou adultos responsáveis. Sua principal consequência foi o abandono de crianças negras em uma dimensão jamais vista no país [...]²

Posteriormente, em 1885 a Lei dos Sexagenários torna livre, os escravos com mais de 60 anos. Diz-se que essa lei trouxe poucos efeitos aos escravizados, tendo em vista que poucos eram os que já possuíam idade para tornar-se livre, e ainda os

² FONSECA, Dagoberto José. Políticas Públicas e Ações Afirmativas. São Paulo: Selo Negro, 2009. (Consciência em Debate/Coordenada por Vera Lúcia Bonfim.), p.61.

mesmos não tinham mais força efetiva de trabalho, tornando-se inúteis aos proprietários de terra, os que foram libertos acabaram na rua, abandonados.

Neste período, em 1884 surge também um ofício pelo ministro, que dizia que os proprietários deveriam ceder pequenos lotes aos imigrantes, para que pudessem trabalhar. A população negra, por sua vez que adquire liberdade, continuou sem possibilidade de ter sua própria terra.

A lei do fim do tráfico teve diversos desdobramentos, entre eles à formulação de políticas públicas por parte do Estado Imperial Brasileiro. Houve o financiamento paulatino da imigração europeia, com subsídios para os imigrantes que se instalaram no Brasil.[...] Em ofício de 27 de junho de 1884, o ministro da Agricultura, Antônio da Silva Prado, solicitava aos proprietários rurais que propiciassem o acesso à terra aos imigrantes, inclusive cedendo parte de pequenos lotes para que eles pudessem trabalhar. O Estado, por seu turno, procuraria ceder gratuitamente alguns lotes ou subsidiar a venda.³

Entre 1885 e a decretação da Lei Áurea em 1888, o movimento abolicionista ganha força, e alguns escravos começam a fugir, o que dá origem a alguns Quilombos. Somente através da lei áurea, foi garantida a liberdade total e definitiva para os negros. Diz-se que este é o ponto de partida das desigualdades encontradas na atual sociedade.

1.2 A LEI ÁUREA E O ABANDONO SOCIAL

Assinada pela Princesa Isabel em 13 de maio de 1888, a Lei Áurea, oficialmente Lei Imperial n.º 3.353, extingue a escravidão no Brasil. O movimento abolicionista da época, trouxe aos negros que ainda não eram libertos a possibilidade de fuga.

Florestan Fernandes (1978, p. 28) diz em seu livro, que para os “negros” na República Velha, sobraram duas condições.

“duas alternativas irremediáveis; vedado o caminho inequívoco da classificação econômica e social pela proletarianização, restava-lhes aceitar à incorporação gradual à escória do operariado urbano, em crescimento, ou abater-se, penosamente, procurando no ócio dissimulado, na vagabundagem sistemática ou na criminalidade fortuita meios para salvar as aparências e a dignidade de homem livre.”⁴

³ FONSECA, op. cit., p.61.

⁴ FERNANDES, Florestan. A integração do negro na sociedade de classes. v. 1 e 2. São Paulo: Ática, 1978, p.28.

Discute-se sobre o abandono social, a qual os negros foram deixados no país, em razão de esses terem sido essenciais para a consolidação do Brasil, tendo em consideração também, o fator que no país ocorreu uma colonização, pois os índios já pertenciam a este território, mas foram em sua maioria dizimados pelos portugueses, conforme Manoel Querino diz em sua obra:

[...] foi o trabalho do negro que aqui sustentou por séculos e sem desfalecimento a nobreza e a prosperidade do Brasil, foi com o produto do seu trabalho que tivemos as instituições científicas, letras, artes, comércio, indústria etc., competindo-lhe, portanto, um lugar de destaque como fator da civilização brasileira. Quem quer que compulse à nossa história, certificar-se-á do valor e da contribuição do negro na defesa do território nacional, na agricultura, na mineração, como bandeirante, no movimento da independência, com as armas na mão, como elemento apreciável na família e como herói do trabalho em todas as aplicações úteis e proveitosas.⁵

Ocorre que essa população, que havia acabado de ser liberta com a decretação da lei áurea e outros que fugiram de seus senhores, acabaram não tendo o principal meio de subsistência daquele período, a terra. Alguns, inclusive continuaram morando com seus senhores, por não encontrarem alternativa melhor.

A Princesa Isabel, em uma carta escrita ao Senhor Visconde de Santa Victoria em 11 de agosto de 1889, tratou do que ao tempo, se considerava uma reforma agrária, uma indenização aos negros e não aos seus senhores, que buscava implementar no congresso, o que seria o passo futuro ao período escravocrata e um complemento a Lei 3.353 de 13 de maio de 1888, em que não constava nenhuma previsão deste teor. Contudo em novembro de 1889 com a proclamação da República, militares, fazendeiros e outros impediram a tramitação de projetos de lei sobre políticas sociais.

Uma das primeiras medidas do governo Republicano, foi ordenar a queima de documentos oriundos da escravidão, atitudes que buscavam contribuir com o encobrimento da história econômica, social, cultural e política do período colonial e imperial.

(...) pois já se constatava que no futuro os negros poderiam solicitar as indenizações - do Estado e dos proprietários rurais - pelos trabalhos forçados a que foram submetidos por 350 anos. Além disso, alguns estados africanos poderiam entrar com representações internacionais contra o Brasil, por conta da expropriação e dos maus-tratos impostos à sua população. (...) ⁶

⁵ QUERINO, Manoel. Costumes africanos no Brasil. 2. ed. Recife: Massangana /Fundação Joaquim Nabuco, 1988, p. 122.

⁶ DAGOBERTO, op. cit., p.72.

Os interesses dos ruralistas, foram os principais objetivos do governo da República Velha, neste período 1889-1930 mantém-se no país, as concepções de racismo com a população negra. Surge um forte movimento migratório, que tinha como intenção principalmente, o embranquecimento do país. Diversas vezes representantes do Estado, em discursos oficiais admitiam a política de embranquecimento adotada, como o discurso proferido em 1911, pelo diretor do museu nacional daquela época Batista de Lacerda ao representar o Brasil, no I Congresso Universal de Raças em Londres:

Já se viram filhos de métis [mestiços] apresentarem, na terceira geração, todos os caracteres físicos da raça branca. Alguns retêm uns poucos traços da sua ascendência negra por influência do atavismo (...) mas a influência da seleção sexual (...) tende a neutralizar a do atavismo e remover dos descendentes do Métis todos os traços da raça negra. Em virtude desse processo de redução étnica, é lógico esperar que no curso de mais de um século os Métis tenham desaparecido do Brasil. Isso coincidirá com a extinção paralela da raça negra do nosso meio. (...) desde a Abolição, os pretos tinham ficado expostos a toda espécie de agentes de destruição e sem recursos suficientes para se manter. Agora, espalhadas pelos distritos da população mais rala (...) tendem a desaparecer do nosso território.⁷

Após o golpe de 1930, que leva Getúlio Vargas ao poder, e com as influências da Guerra Mundial, muda-se a política migratória, e é sancionada uma lei que tem a intenção de garantir a reserva de 2/3 das vagas de emprego aos trabalhadores natos, o que infelizmente não atingiu a população negra ao ponto de mudar a ideologia racista da época, pois ao concorrer com o branco nacional o negro sofria preconceito e era desconsiderado para a vaga.

Posteriormente, em 1968 a lei do boi, primeiro sistema de cotas do país, visava a reserva de vagas de 50% para os filhos de fazendeiros, nas escolas superiores de agricultura e veterinária, e no ensino médio, o tocante de 30%. Neste período, cessa o debate sobre políticas que minimizem as diferenças sociais, alguns técnicos do Ministério do Trabalho, no mesmo período sugeriram uma política de cotas de reserva nas empresas, mas o projeto foi engavetado após pressões da sociedade, que diziam que uma política de cotas reconheceria a discrepância e desigualdade.

⁷ SKIDMORE, Thomas E. Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976. p. 82-83

1.3 SÉCULO XXI

Somente em 1988, quando foi promulgada a atual Constituição da República Brasileira, surge o primeiro dispositivo, que visa coibir a prática de racismo no país, em seu art. 5º inciso XLII, determina que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito de reclusão nos termos da lei”. Por ser rica em previsões de repúdio ao racismo, torna-se também, um importante instrumento as novas concepções estatais, que buscará em decorrência também, de diversos tratados internacionais assinados, assegurar os direitos humanos. Como exemplificado nos artigos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

(...)Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:(...)

II – prevalência dos direitos humanos;(...)

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.

(...)Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

(...)Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.(...)

(...)Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.⁸

Em razão da Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso XLII, não regulamentar o tema, em complemento a previsão constitucional, surge posteriormente a Lei 7.716 de 1989, conhecida como Lei Caó, em razão no nome de

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

seu autor Carlos Alberto Caó Oliveira. Esta não somente criminalizou condutas, que anteriormente eram consideradas contravenções penais, como também criou novos tipos penais, com penas mais severas.

Já em 1997, surge a Lei de Injúria Racial, que amplia os crimes da denominada Lei Caó. A Lei nº 9.459 de 1989 insere uma previsão um pouco mais genérica, e traz ao Código Penal um tipo qualificado de injúria, por meio da inclusão do parágrafo 3º ao artigo 140 do Código. Contudo atualmente, este é um impedimento para tipificar os crimes de racismo, que acaba por vezes sendo tipificados como injúria por ter uma pena mais branda.

Após o período ditatorial no Brasil, e em alguns países da América Latina, os movimentos negros voltam a tomar força, e a discutir sobre as desigualdades e correções na década de 90.

Em 2001, com os movimentos negros presentes na Conferência Mundial de Durban, contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância, entre os dias 31 de agosto e 8 de setembro daquele ano. A conferência determina ações, que visem corrigir essas desigualdades nos países.

Isso significa que as reivindicações por justiça que circulam nos contextos transnacionais de ação são, ao longo de sua tematização, por assim dizer, desenraizadas dos contextos culturais concretos em que emergem. Nessa forma abstrata, se disseminam, através dos ativistas, das organizações locais e dos meios de comunicação, às sociedades nacionais e aos contextos locais. É nessas arenas que essas reivindicações são, interpeladas em sua aspiração de universalidade, induzindo, localmente, processos de inovação cultural e social.⁹

Assim, através de muita luta, os movimentos encontram aqui, um importante instrumento para a luta de seus direitos, pois traz ao estado a obrigação que corrigir essa situação com medidas, pois neste momento os países assumem formalmente a existência de desigualdades raciais.

1.4 DISCRIMINAÇÃO NO BRASIL

Muito se fala, na faceta cruel que a discriminação traz ao Brasil, não somente em relação a cor, mas também em relação a orientação sexual, gênero, peso e outras minorias. Para que se possa conceituar, e entender a discriminação racial neste país, foi necessário através do desenvolvimento histórico que foi aqui explicitado,

⁹ COSTA, Sérgio. Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 130.

demonstrar as razões que fizeram, determinadas raças se sentirem superiores aos negros, como a política de embranquecimento que foi aderida ao país, e também a desigualdade de oportunidades, como a falta de acesso ao ensino, trabalho, moradia e condições básicas, após a abolição da escravidão.

Estas questões, trazem o país a este estado constante, que discrimina determinada população. Para que se possa entender o que aqui é dito como discriminação traremos aqui alguns conceitos de forma breve e sucinta como: raça, cor, etnia.

A concepção de raça, pode variar conforme a área de estudo, muitos ao se referirem a raça estão atrelando o significado desta como raça humana, como nos casos das espécies de animais, ainda que atualmente seja claro que este conceito é inaplicável a seres humanos. Mesmo assim, no Brasil é predominante o entendimento de raças em relação a aparência física, ainda que seja sabido que inexistente diferenciação real. Este é um termo complexo que deve ser utilizado com cuidado pois traz duplo significado. Adota-se no âmbito deste trabalho, a definição considerada pelo Supremo Tribunal Federal, baseado na aparência física que teve repercussão no Habeas Corpus n. 82.424-2/RS, “Caso Siegfried Ellwanger”, conforme descrito abaixo a ementa do acórdão (Habeas Corpus n. 82.424-2/RS):

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

Neste sentido, raça é uma construção social, discurso este propagado por uma repercussão, oriunda da política de embranquecimento estatal, produzida pelo estado no século XIX, onde considerava, que a população deveria ser mais clara para o desenvolvimento e semelhança a países europeus, trazendo o ideal de superioridade.

No sentido comum, o racismo tem como objetivo, a dominação da população, e no Brasil a discriminação é baseada neste motivo, conceito este intrínseco a população, fonte de distinção de grupos em relação a cor, que visam considerar certo grupo de pessoas, superior a outros em diversos âmbitos, e que dessa forma, precisa ser combatido por parte do Estado, assim surgem as políticas públicas, com este objetivo.

A cor, é termo utilizado, para tornar específica a coloração de determinada pessoa, e conseqüentemente uma diferenciação de raça. Esta cor pode ser

influenciada pela quantidade de melanina, e caroteno presentes na pele de determinada pessoa, quanto maior a quantidade de melanina, mais assemelha-se a coloração preta, esta encontra-se atrelada em decorrência do processo histórico ao significado pejorativo, Cristiano Jorge Santos exemplifica que:

Muitas vezes, a palavra é utilizada em nossa língua – encontra-se plenamente enraizada em nosso cotidiano – como sinônimo de raça, por vezes até como forma de eufemismo. Ao invés de se dizer que a mulher ou homem são negros, diz-se que fulana ou beltrano são “de cor”. Tal expressão revela ambiguidade, pois uma das cores é branca.¹⁰

A cor, possui função principal na discriminação dos grupos, por constituir elemento distintivo das raças, esta é o basilar para caracterização de determinada pessoa a sofrer discriminação, em decorrência da gradação do tom preto da pele. Quão maior a quantidade de melanina na pele, mais tendência esta pessoa tem de sofrer discriminação nos meios de trabalho, e outros preconceitos no seu cotidiano, pois assim esta pessoa não se assemelha a cor branca.

Já a etnia, que tem origem do grego *ethnos*, se refere a povos, no sentido de um aglomerado de pessoas, que possuem a mesma origem, e também padrões e características semelhantes, exemplo de grupos étnicos são os indígenas. Neste caso, o grupo tem uma identificação, e solidariedade por ter como objetivo também uma proteção interna aos seus semelhantes. Cristiano Jorge Santos entende que o termo etnia pode ser compreendido então como uma:

comunidade unida por alguns laços de identidade biológica, linguística, cultural e de costumes, não necessariamente concentrada numa mesma localidade, nem possuindo uma mesma nacionalidade.¹¹

Existem diversos conceitos, que buscam explicar o que é discriminação, utilizaremos aqui a definição de âmbito mundial contida na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, criada pela Organização das Nações Unidas, a definição se encontra no 1º artigo da referida convenção:

Artigo 1º

§1. Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político,

¹⁰ SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. p. 57,58.

¹¹ Ibid., p. 60.

econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.¹²

A mesma foi ratificada em 23 de Março de 1968, entrou em vigor em 04 de Janeiro de 1969, promulgada pelo decreto nº 65.810 de 8 de Dezembro de 1969, e se mostra um importante instrumento não só de fiscalização aos Estados aderentes desta, como também, por trazer obrigações aos Estados, para erradicar as diversas formas de discriminação racial e suas causas, como também estimular estratégias de promoção da igualdade. Este documento, apesar de ainda hoje não ser assinado por todos os países, se mostrou pioneiro, no sentido de ser o primeiro onde os Estados assumem formalmente a existência de discriminação racial.

Dessa forma, considera-se discriminação a distinção de determinada pessoa a outra em razão da raça, no caso deste trabalho, apesar de ser sabido que a mesma pode ocorrer em outros campos. No quesito de tratamento e outras formas, só é possível constatar a mesma na exteriorização da conduta, que pode ser uma ação ou uma omissão.

Já a definição de racismo, que aqui será utilizada é a disponível na Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais em 27 de novembro 1978:

Artigo 2º

§1. Toda teoria que invoque uma superioridade ou uma inferioridade intrínseca de grupos raciais ou étnicos que dê a uns o direito de dominar ou de eliminar os demais, presumidamente inferiores, ou que faça juízos de valor baseados na diferença racial, carece de fundamento científico e é contrária aos princípios morais étnicos da humanidade.

§2. O racismo engloba as ideologias racistas, as atitudes fundadas nos preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade racial, assim como a falsa idéia de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentárias e práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos anti-sociais; cria obstáculos ao desenvolvimento de suas vítimas, perverte a quem o põe em prática, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais ao direito internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais.¹³

¹² Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html acesso em 25 de Julho de 2019.

¹³ ONU, Organização das Nações Unidas. Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecRacPrecRac.html> acesso em 25 de Julho de 2019

O Racismo, encontra-se definido como a superioridade de determinado grupo, por vezes esta foi a justificativa para a segregação em espaços da população negra e outras atitudes como a perseguição e marginalização, sob o argumento que esta população branca era superior, medidas que encontravam fundamento no Estado. Esta pratica, atualmente, é vedada na norma magna do Estado, no art. 5º VI da Constituição Federal, mas somente após muitos anos de luta dos movimentos negros. Para caracterização deste, basta apenas uma prática, que leve em consideração o critério racial e a subjugação da população negra, em detrimento da branca.

Neste sentido, a discriminação e o racismo, são as diversas formas de atitudes e comportamentos que determinada pessoa atua e que determinado grupo de pessoas sofrem em razão de sua Raça, que entendemos aqui como a coloração que determinada pessoa tem.

Sintetizando estes esforços conceituais e visando subsidiar a reflexão sobre políticas públicas, adotar-se-á neste documento as seguintes definições. Considera-se racismo uma ideologia que apregoa a existência de hierarquia entre grupos raciais. Preconceito racial será entendido como toda predisposição negativa em face de um indivíduo, grupo ou instituição assentada em generalizações estigmatizantes sobre a raça a que é identificado. Discriminação racial é definida como toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência racial que tenha por efeito anular a igualdade de oportunidade e tratamento entre os indivíduos ou grupos.¹⁴

Em razão destas formas de segregação social, surgem as desigualdades encontradas socialmente, que posteriormente serão demonstradas por meio de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

O racismo, pode ser subdividido em categorias diversas categorias como: religioso, cultural e o que é importante para este trabalho o institucional. O Racismo institucional é aquele que atinge as diversas minorias e é manifestado através de atitudes discriminatórias e outros, e encontra-se intrínseco a população brasileira;

O racismo institucional, que será aqui identificado como discriminação institucional, pode ser entendido como uma forma de discriminação indireta. Contudo, para fins de análise de políticas públicas, parece interessante enfocá-lo de maneira específica. É considerada discriminação institucional toda prática institucional que distribui benefícios ou recursos de forma desigual entre distintos grupos raciais. Dessa forma, toda política pública cujos impactos, intencionais ou não, tenham como consequência o aumento da desigualdade racial pode ser classificada como prática de discriminação institucional.¹⁵

¹⁴ JACCOUD, Luciana de Barros. Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental / Luciana de Barros Jaccoud e Nathalie Beghin. - Brasília : Ipea, 2002. p.39.

¹⁵ Ibid., p.40.

Já em relação ao conceito discriminação, este se encontra subdividida em dois aspectos, pois conforme a definição no dicionário Michaelis (2003), discriminação é “1 Ato de discriminar.2 O que se acha discriminado. 3 Psicol. Processo pelo qual dois estímulos que diferem em algum aspecto resultam em reações diferentes”, ou seja, trata-se de uma diferenciação. Neste sentido se utiliza a discriminação positiva e negativa.

A discriminação negativa ocorre, quando a conduta discriminatória tem o sentido de ofender negativamente, de separação, apartação ou segregação negativa, o que retoma o conceito utilizado aqui, pela Convenção de Eliminação de todas as formas de Discriminação.

Já a discriminação positiva, ocorre quando, determinado ato tem o objetivo de selecionar pessoas que estão em pé de desigualdade, e trazer a estes determinada vantagem que lhes torne equiparados aos outros, que é o caso das ações afirmativas como exemplo o trabalho aqui, as cotas raciais. Esta tem o objetivo de tornar a sociedade mais justa no quesito de oportunidades, neste sentido “A essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a denominação de “ação afirmativa” ou, na terminologia do direito europeu, de “discriminação positiva” ou “ação positiva”.” (GOMES, 2001, p.131)

Por fim, o conceito de preconceito, se refere a concepções prévias sobre determinada pessoa, que se atrelam por vezes a algo negativo sobre o grupo. Cristiano Jorge Santos, entende preconceito como:

[...] preconceito é a formulação de ideia ou ideias (que por vezes alicerçam atitudes concretas), calcadas em concepções prévias que não foram objeto de reflexão devida ou que foram elaboradas a partir de ideias deturpadas. É em suma, um “préconceito”, algo intelectualmente não maturado ou objeto de falsa racionalização.¹⁶

Neste caso, considera-se preconceito, uma concepção pré-elaborada, por determinada pessoa, sem considerar outros fatores e por vezes negativas. Para o crime de preconceito racial, previsto na lei 7.716 de 1989, é necessária uma conduta que exteriorize este, provando necessariamente o dolo específico da conduta, sendo considerado atualmente, como crime de média gravidade.

¹⁶ SANTOS, op. cit., p. 43.

As formas de segregação aqui expostas, são todas condutas praticadas por grande parte da população brasileira, tendo como objetivo a subjugação de determinadas pessoas, decorrentes do processo de aculturação desenvolvido na época da escravidão, onde o colonizador inseria a ideia de que os negros foram retirados de um continente primitivo, sem história, decorrentes também da política de eugenia adotada.

Essa segregação, traz a esta população, diversos problemas psicológicos em razão da crença de inferioridade decorrente da conduta praticada, financeiros pela discriminação nas entrevistas de empregos com maior estabilidade ou qualificação, educação em razão desta população por vezes discriminada não possuir condições de arcar com ensino particular para seus filhos e o ensino público se encontrar em defasagem e diversos outros prejuízos. Com o objetivo de superar essas diferenças, e distinções, surgem as ações afirmativas como política pública reparar as condições existentes.

1.5 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMOS REPARATÓRIOS

Para que se entenda o conceito de políticas públicas, medidas necessárias ao combate da desigualdade estatal, é necessário primeiramente, entender o que é o atual Estado Democrático e Social de Direito, e entender também os conceitos de cidadania e política

A Constituição Federal de 1988, traz a concepção atual de Estado Democrático e Social de Direito, que de forma simplista, significa tornar o povo parte participava e fundamental no Estado. Também vincula a estes direitos e garantias fundamentais, previstos no Título II da Constituição Federal, direitos que anteriormente não eram consagrados, e imputa ao governo, a concretização dos objetivos previstos no Artigo 3º da Constituição Federal.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁷

Vale ressaltar neste contexto, que a Constituição Federal, é norma magna no direito brasileiro, e regula todo o ordenamento jurídico sobre seus pilares.

O cidadão neste contexto, é aquele, que a partir deste momento tem um papel fundamental, na concepção da ideia de Estado Democrático e Social de Direito, pois para que este se torne efetivo, é necessário uma participação maior do povo, maior que o que anteriormente era designado a estes, que era apenas o direito de voto. A cidadania passa a representar o exercício de direitos políticos, e também é o exercício de outras prerrogativas adotadas no texto da Constituição Federal de 1988.

Assim, a cidadania tem relação direta com a concepção e efetivação da atual concepção de direito, pois esta torna todos os brasileiros partes atuantes no estado e em sua vida política, e na garantia de direitos consagrados. Como destaca ainda o artigo abaixo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo do autor)¹⁸

Neste caso, percebe-se o fundamento a que toda população brasileira esta incluída, e não se exclui a população negra, os objetivos apontados pelo estado de erradicação das desigualdades, devem também alcançar esta população, bem como garantir condições de cidadania mínimas a este, decorrentes da concretização dos direitos dispostos aqui, portanto para buscar essa efetivação, são adotados por meio do estado políticas públicas.

Por fim, as políticas públicas de uma forma simplista, são conceituadas como um conjunto de decisões, ações governamentais, plano de metas e outros que visam resolver os assuntos de interesse público, e que serão efetivados pela Administração Pública, com a finalidade de garantir a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Neste sentido tem-se que

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

¹⁸ Ibid.

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.¹⁹

Neste aspecto que as ações afirmativas, como como as cotas raciais se inserem nas políticas públicas, Joaquim Barbosa Gomes, Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, nos dá uma definição de ação afirmativa:

Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vista ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.²⁰

As ações afirmativas, então, encontram fundamento não somente na busca pela igualdade material, estas se mostram um passo futuro ao Estado, pois somente as condutas que buscam inibir as discriminações e desigualdades, não são suficientes para garantir igualdade de oportunidades. Dessa forma, as condutas positivas das ações afirmativas, visam atingir a igualdade material, conforme Daniela de Melo Crosara aponta que “Devem ser revertidos os nocivos efeitos que elas causam, promovendo a igualdade de oportunidades entre aqueles que sofreram e sofrem uma discriminação velada, histórica e intrínseca ao desenvolvimento social brasileiro” (CROSARA, 2018, p.40)

As ações afirmativas, tem início na Índia, e tinham por objetivo reserva de vagas à determinados grupos, não sendo necessário a disputa, diferente do que ocorre no Brasil, que visa somente a igualdade na disputa de vagas.

A opção indiana foi por adotar reservas de assentos ou posições, cujo funcionamento determina que os candidatos beneficiados pela reserva não precisem competir com os demais, sendo a cota reservada proporcional ao número de pessoas do grupo em relação à população indiana.²¹

Com a nova Constituição do país em 1950, este bane o regime de castas que era adotado, contudo essa medida não foi suficiente para resolução das desigualdades existentes, por isso a necessidade das ações afirmativas, que foram

¹⁹ SOUZA, Celina. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, no 16, jul/dez 2006, p.26.

²⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. *A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.40.

²¹ CROSARA, Daniela de Melo. A política afirmativa na educação superior: contributos e dilemas do sistema de cotas da Lei nº 12.711/2012– Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018 p.25

ampliadas, referente as medidas aplicadas já existentes, e reconhecidas por meio de uma Emenda Constitucional em 1951.

Importante destacar também, as ações afirmativas e seu papel nos Estados Unidos em 1960, ainda que a abolição da escravidão tenha ocorrido em 1865 no país, decorrentes de processos de segregação adotados e reconhecidos pelo estado no caso *Plessy v. Ferguson* decisão de 1896, com o intuito de diminuir as diferenças sociais e econômicas entre negros e brancos, essa segregação foi superada juridicamente somente em 1954 com o precedente criado no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. O lema estatal assegurado era o “iguais, mas separados”

Nos Estados Unidos, as ações afirmativas, são oriundas de diversas decisões e legislações esparsas, após diversos movimentos sociais de luta como os movimentos negros. Em 1961 com o decreto executivo, o Presidente Kennedy traz ao país a necessidade, de criar medidas para promover a inserção dos negros no ensino educacional de qualidade. Oposto do que ocorre do no Brasil, as ações afirmativas nos Estados Unidos garantem uma vantagem nos processos seletivos.

As políticas de ações afirmativas nos Estados Unidos não se utilizam de reserva de vagas, mas de uma vantagem adicional (*boost*), principalmente em processos seletivos que são unificados, tendo em vista que em 1978 a Suprema Corte americana proibiu a reserva de vagas no julgamento do caso *Bakke vs. Regents of the University of California*.²²

Apesar deste reconhecimento, e de diversas previsões com ações afirmativas no país, essa política pública passa a perder força, pois algumas pessoas se opunham e se sentiam prejudicados, com o julgamento em 1978 do caso *Bakke vs. Regents of the University of California* invalida-se a aplicação no sistema na Universidade Estadual da Califórnia.

Os julgadores entenderam que era necessário comprovar a existência de discriminação na universidade para que se pudesse usar uma ação afirmativa como forma de seleção e combate ao preconceito. Por outro lado, outras formas de ações afirmativas foram consideradas constitucionais pela mencionada Corte, sob o fundamento de promover o pluralismo étnico.²³

Neste momento, se fortalece o argumento que além da promoção da igualdade e da reparação, visa-se também o alcance da diversidade nos ambientes. Após isso

²² CROSARA, Daniela de Melo. A política afirmativa na educação superior : contributos e dilemas do sistema de cotas da Lei nº 12.711/2012– Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.p.29

²³ Ibid., 2018., p. 30 *Apud*. SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. O negro e a igualdade no direito constitucional brasileiro: discriminação de facto, teoria do impacto desproporcional e ações afirmativas. In: ZONINSEIN, Jonas; FERES JÚNIOR, João. (Org.). Ação afirmativa no ensino superior brasileiro. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008. p. 243-278. 2008, p.63

tem registro de situações de ações afirmativas em diversos países, contudo o conceito se altera sendo constatada a ineficiência do método, e busca-se a igualdade representativa através de cotas específicas.

O Brasil, em seu histórico já possuiu um sistema de cotas com reserva de vagas para universidades, como citado anteriormente no tópico 1.2, em 1968 foi promulgada a Lei nº 5.465, de 3 de julho, conhecida popularmente como a Lei dos Bois. Esta visava a reserva de 50 % das vagas, nos estabelecimentos de ensino médio agrícola e nas escolas superiores de agricultura e veterinária mantidos pela União, para filhos de proprietários rurais, sem especificar um critério econômico entre esses, e só foi revogada em 1985.

Contudo, após esta lei, a próxima previsão de ação afirmativa só veio a constar, na atual Constituição Federal de 1988. No caso visa a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência em empregos públicos, prevista no Art. 37 deste dispositivo, é considerado um sistema de discriminação positiva, que tem por objetivo a garantia de emprego e consequentemente cidadania, a pessoas que estão em condições físicas ou psíquicas de desigualdade, para concorrer com pessoas que não possuem qualquer tipo de deficiência.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;²⁴

No Brasil, após o reconhecimento das discriminações existentes, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE demonstraram a situação. Assim, as cotas raciais entraram em destaque a partir dos anos 2000 quando, sob pressão dos movimentos sociais, universidades e órgãos públicos começaram a adotar as medidas, decorrentes do documento assinado na Conferência de Durban e de acontecimentos internos.

A promulgação da Lei nº 10.639 em 2003, tornava obrigatório o ensino de história e cultura afro-brasileiras nas escolas de ensino fundamental e público no, medida da a Secretaria Especial de Políticas para a Promoção da Igualdade Racial

²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

(SEPPIR), conquista dos movimentos negros. Trazendo a população negra, reconhecimento dos acontecimentos históricos e valorização que antes eram negados. Diversas foram as conquistas e avanços neste período.

A Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ e Universidade do Estado do Norte Fluminense – UENF, foram pioneiras no país em meados de 2002, implantando o sistema de cotas, para o ingresso nas universidades em seus processos seletivos.

Porém somente em 2012, após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, foi promulgada a lei 12.711 de 2012, trazendo obrigatoriedade das universidades públicas federais e institutos federais a reserva de vagas, aos pardos e pretos.

Temos uma Constituição Federal, rica em argumentos para a existência das cotas em planos de igualdade, de correção de injustiças, de construção de uma sociedade mais justa. Se as ações afirmativas, visam corrigir a situação desigualdade preexistente oriunda do demonstrado processo de abolição, e superar as discriminações realizadas, por meio do alcance da igualdade material, resta compreender a concretização da igualdade material como fundamento para a dignidade humana.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, exercem um importante instrumento de garantia neste trabalho, portanto brevemente discorreremos, sobre as denominadas gerações ou dimensões destes direitos. Estes direitos são considerados pilares, para manter as organizações estatais.

A primeira geração, se desenvolve no contexto da migração dos Estados Autoritaristas para o Estado de Direito, onde o povo conquista as primeiras vertentes das liberdades individuais, decorrentes do século XVIII, devido a influência do pensamento liberal-burguês, neste momento que se conquista os direitos civis e políticos

(...)caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.²⁵

Concretizando os ideais previstos nos documentos que marcaram esse momento, como *Magna Charta Libertatum* de 1215 assinada pelo rei João Sem Terra, a Paz de Westfália de 1648, o Habeas Corpus Act de 1679, a *Bill of Rights* traduzida para Declaração de Direitos 1689 elaborada pelo Parlamento da Inglaterra, e finalmente as Declarações de Direitos Americana de 1776 e a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão Francesa de 1789.

Já a segunda geração, é marcada pela Revolução Industrial Européia, do século XIX e dos movimentos decorrentes desta, neste momento conquista-se os direitos sociais difundidos e concretizados através do Estado.

(...)caracterizam-se, ainda hoje, por assegurarem ao indivíduo direitos de prestações sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas(...)²⁶

Os principais documentos do período, que demonstram essa fase são, a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 da primeira República Alemã, o Tratado de Versalhes 1919 e a Constituição Brasileira de 1934. É importante observar que, nesse período outros direitos importantes são conquistados como o direito de greve, direitos dos trabalhadores e outros.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional- 7ed.- São Paulo: Saraiva Educação 2018.p.318.

²⁶ Ibid, p. 319.

Decorrentes do desenvolvimento tecnológico e científico, os direitos de terceira geração, denominados também de transindividual.

Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação transindividual ou mesmo universal (transnacional), e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.²⁷

Oriundos das alterações internacionais, tem como destinação ou objetivo o que aqui denominamos anteriormente de povo, neste momento os principais direitos citados são o direito à paz, à autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, o meio ambiente e qualidade de vida e outros.

2.1. DIREITOS DE IGUALDADE

Neste sentido, para a manutenção do Estado Democrático de Direito, os direitos sociais se inserem no ciclo de direitos fundamentais de segunda dimensão, e são conquistados nos direitos de segunda geração, contudo importa entender em que contexto, a igualdade se insere no ciclo de direitos de segunda dimensão.

O conceito de igualdade é oriundo da Revolução Francesa, naquele momento a França, servia como influenciadora da cultura ocidental, e seus ideais eram difundidos no mundo. Contudo, neste momento ocorre a problemática referente ao direito de igualdade, pois muitos consideram somente a vertente de tratar todos igualmente, contudo nem todos estão em iguais condições.

De qualquer modo, o direito à igualdade aparenta complexidade, mas não a tem. De fato, um Estado Democrático de Direito não pode pretender sê-lo, se não houver igualdade entre todos os seus membros; mas, tal igualdade não pode ser absoluta, uma vez que os seres humanos são desiguais por natureza: nem mesmo impressões digitais idênticas estão presentes a duas pessoas, porque cada ser humano é um indivíduo, uma individualidade única.²⁸

A noção de igualdade, encontra-se atrelada a noção de justiça. O princípio da igualdade é intrínseco a noção de democracia, e contém duas noções a de igualdade material, e a de igualdade formal. No ordenamento brasileiro ambas estão previstas na Constituição Federal no caput do artigo 5º

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

²⁷ SARLET, op. cit., p. 320

²⁸ Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. vol. 22/2008. p. 246 - 255 . Apoud Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 1 | p. 857 - 868 | Ago / 2011 | DTR\2008\483

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"²⁹

A igualdade formal, é a dita igualdade perante a lei, essa igualdade traz a vedação a sociedade de discriminação e tratamentos diferenciados a população em geral, pois garante formalmente, por lei que todos são iguais, vedando decisões arbitrárias e a atuações dos juízes, limitando todos ao que está disposto na lei. Todas as condutas e regras da sociedade, devem ser baseadas e observadas perante o princípio da igualdade.

Contudo a atual sociedade não se encontra em igualdade nos quesitos sociais e outros, por isso em complemento ao disposto na igualdade formal, com o intuito de fomentar o disposto no Art. 5, o Artigo 3º, Inciso III da Constituição Federal em complemento, estabelece que *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:(...)III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*. Assim, surge a igualdade material, com o objetivo final de compensar as desigualdades e buscar uma igualdade social.

Igualdade em sentido material, além disso, significa proibição de tratamento arbitrário, ou seja, a vedação da utilização, para o efeito de estabelecer as relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a igualdade, já agora na segunda fase de sua compreensão na seara jurídico-constitucional, opera como exigência de critérios de razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais. A compreensão material da igualdade, por sua vez, na terceira fase que caracteriza a evolução do princípios no âmbito do constitucionalismo moderno, passou a ser referida a um dever de compensação das desigualdade sociais, econômicas e culturais, portanto, no sentido do que se convencionou chamar de uma igualdade social ou de fato, embora também tais termos nem sempre sejam compreendidos da mesma forma.³⁰

Dessa forma, tendo em consideração a importância do direito de igualdade para o ordenamento brasileiro, após a observância das discriminações oriundas do momento de abandono da população negra decorrentes da abolição da escravidão e a criminalização dessa mesma população nesse período, passa-se a breve demonstração dos recentes dados da PNAD CONTÍNUA - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, que demonstram que atualmente grande parte da população desempregada é a negra, e também aos dados do Estudo de

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

³⁰ SARLET, op. cit., p.594

Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil, e que estes não se encontram no mesmo nível de igualdades que os demais, o que justifica a intervenção estatal.

2.2 CONJUNTURA DA POPULAÇÃO NEGRA

Os dados do estudo de Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil, produzidos pelo IBGE tem como objetivo produzir e divulgar informações, por meio de dados sobre o mercado de trabalho e outros, e tem como objetivo traçar um perfil brasileiro que permita o estudo da realidade sócio econômica do país e das desigualdades nos campos da renda, moradia, educação, violência e representação política. A análise foi desenvolvida em todo território nacional.

De acordo com a investigação étnico-racial, nos censos em 1872 quando a população brasileira era estimada em 10 milhões, 19,7% da população era negra, em contrapartida a população parda equivalia a 38,3%, nesta época nem todos se auto identificavam, a população escrava era classificada pelo seu senhor.

Já no último censo, em 2010, a população preta no Brasil equivale a 7,6% de pessoas, enquanto a parda atinge a marca de 43,1% de pessoas, a maior parte da população brasileira. Em 2015, anos depois, os dados da PNAD mostram que os negros e pardos representavam 54% da população na época.³¹

2.2.1 SUBSISTÊNCIA PRÓPRIA

No campo da renda familiar brasileira, sabe-se que atualmente os índices de desemprego se encontram elevados, e com a precarização das condições de trabalho decorrentes de reforma da Consolidação das Leis Trabalhistas, o número de empregos informais está se elevando, e diversos tipos trabalhos surgem, sem qualquer vínculo entre o empregado e a empresa como os aplicativos de transporte ou de alimentos.

Segundo um relatório recente produzido pelo SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, dados demonstram que a mulher preta representa metade das mulheres donas dos próprios negócios, devido a necessidade

31 Os dados referentes ao censo populacional, foram retirados da matéria IBGE mostra as cores da desigualdade da Editoria: Revista Retratos | Irene Gomes e Mônica Marli, disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21206-ibge-mostra-as-cores-da-desigualdade> . Acesso em: 31 de outubro de 2019

de subsistência familiar por sua maioria ser chefe do lar, e também pela preterição no mercado de trabalho.

Os dados do estudo, mostram que os trabalhos informais atingiam 47,3% da população negra contra 34,6% da população branca. Já as taxas de desemprego representavam na PNAD Contínua do 3º trimestre de 2018 um desemprego maior entre pardos 13,8% e pretos 14,6% do que na média da população 11,9%.³²

Mesmo quando empregados, a média salarial da população negra ainda é inferior aos demais, considerando os dados do estudo, a média salarial é de R\$ 1.608 para pretos e pardos e R\$ 2.796 para brancos. A diferença discrepante não se estagna aqui, os dados apontam que embora a população negra e parda seja superior aos demais, a sua participação no grupo dos 10% mais pobres era muito maior: 75%. Já no grupo do 10% mais rico da população, a porcentagem de negros e pardos era de apenas 27,7%.

2.2.2 EDUCAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE

A educação, direito consagrado na Constituição Federal e negado a população negra brasileira após a abolição da escravidão, em razão de não serem implantadas medidas estatais para reinserção do negro na sociedade aquela época, afeta diretamente as condições de desigualdade e emprego no Brasil.

A falta de qualificação gera trabalhos por vezes mais informais e que a média salarial é menor trazendo ao núcleo familiar um desequilíbrio, pois um adolescente que antes deveria ir para a escola precisa ajudar na subsistência de seu lar, tornando-se um ciclo vicioso, pois este por possuir um trabalho com média salarial baixa ao constituir família dificilmente conseguirá sustentar o núcleo apenas com o emprego.

As taxas de analfabetismo no Brasil, são maiores entre os negros e pardos 9,1% do que entre brancos 3,9%, de acordo com os dados do estudo. Contudo, no tocante ao acesso ao ensino superior, dados da PNAD Contínua de 2017 demonstram que a porcentagem de brancos com 25 anos ou mais que tem ensino superior completo é de 22,9%, já porcentagem de pretos e pardos com diploma é de 9,3%.

Dados esses produzidos após as ações afirmativas nas universidades, e que demonstram ainda mais a necessidade de manutenção desta política. O acesso ao

³²Os dados da PNAD Continua 2018 e 2017, foram retirados do recorte de dados produzidos pela matéria da Revista Exame do Grupo Abril, produzido por João Pedro Caleiro, publicado em 20 de novembro de 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/os-dados-que-mostram-a-desigualdade-entre-brancos-e-negros-no-brasil/> Acesso em: 31 de outubro de 2019

ensino superior é ainda mais complicado, devido a população mais carente não possuir por vezes um ensino público de qualidade, e não conseguir arcar com as custas de um curso preparatório para o vestibular.

A representação da população negra na política, também é inferior, dos deputados federais a representação é de 24,4%, enquanto dos deputados estaduais é de 28,9%, já o quadro de vereadores é de 42,1% de pretos ou pardos conforme os dados do estudo. Contudo, considera-se estes dados, um número ainda inferior, considerando que 54% da população brasileira, segundo a PNAD Contínua de 2017 se autodeclararam pretos e pardos.³³

O Brasil, necessita de políticas de igualdade, para equiparar as situações de desigualdade existentes, fundamento primordial para a existência das cotas raciais. O preceito básico, não pode ser somente a reparação histórica necessária apresentada no capítulo 1 deste trabalho, tanto no âmbito do ensino superior como nos concursos públicos, deve ser respeitado também a nossa Constituição Federal e a igualdade que está preconizada nesta.

Mostra-se claro que a igualdade material visada, busca atingir a população que anteriormente não tinha acesso aos cargos públicos, e ao ensino superior, decorrente das desigualdades sociais e do abandono social. Importante frisar ainda, que a discriminação ocorre somente, com a parcela da população que possui em seu fenótipo a cor negra, e que está presente em diversos meios da sociedade, principalmente no tocante ao acesso aos trabalhos. O impedimento deste trabalho, inibe a garantia da dignidade humana, e traz a essa família uma condição de inferioridade em todos os campos, e afeta também ao desenvolvimento desta. Por isso, as cotas em concursos públicos são importantes, para corrigir esta situação dos núcleos familiares.

³³Quando se refere aos dados do estudo, foram utilizados o estudo Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil, o recorte foi produzido pela Editoria: Estatísticas Sociais, e publicado em 13 de novembro de 2018, disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25989-pretos-ou-pardos-estao-mais-escolarizados-mas-desigualdade-em-relacao-aos-brancos-permanece> Acesso em: 15 de Novembro de 2019

3. AÇÕES CONSTITUCIONAIS

O Controle de Constitucionalidade, exercido pelo Estado, tem por objetivo respeitar e por alguns mecanismos, garantir a supremacia da constituição. Em síntese supremacia da constituição significa, que as normas contidas na Constituição Federal norteiam a concepção atual de Estado, e por assim essas devem ser respeitadas sobre as demais.

Neste sentido, atua como um filtro, no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como objetivo verificar se os atos normativos seguiram as formas corretas, para serem aprovadas e se seu conteúdo respeita o disposto na Constituição Federal vigente.

Existem dois sentidos de supremacia da Constituição; material, que se refere ao conteúdo material da norma; formal, que diz sobre as normas e a sua rigidez no texto da constituição.

“A supremacia material seria, portanto, corolário do objeto clássico de todas as constituições por trazerem em si os fundamentos do Estado de Direito. Com as revoluções liberais, responsáveis por introduzir o modelo moderno de constituição (escrita, formal e dotada de rigidez), surge a ideia de supremacia formal como atributo exclusivo das constituições rígidas. No plano dogmático, esta se traduz na superioridade hierárquica de suas normas em relação a todas as demais espécies normativas(...)

Como os poderes públicos retiram suas competências da constituição, presume-se agirem de acordo com ela. Tal presunção, embora relativa (*juris tantum*), desempenha função pragmática fundamental para garantir a imperatividade das normas jurídicas, impondo a observância de seus comandos enquanto não proclamada a inconstitucionalidade pelo órgão judicial competente.”³⁴

Quanto ao momento, o controle de constitucionalidade pode ser dividido entre preventivo quando verifica antes da publicação que determinada lei é inconstitucional e impede a mesma de ser vigente, e o controle repressivo quando a lei já está em vigor, contudo possui determinado vício que a torna inconstitucional.

O marco distintivo entre as duas modalidades deve ser a data da publicação da lei ou ato normativo, quando o processo legislativo é definitivamente concluído(...) O controle preventivo de constitucionalidade tem como objetivo leis ou atos normativos em formação(...) O controle repressivo (ou típico) tem por objeto leis e atos normativos já promulgados, editados e publicados. Realiza-se, portanto, após a conclusão definitiva do processo legislativo.³⁵

³⁴ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional- 11. ed. rev., amp. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivum, 2016, p. 159.

³⁵ Ibid., 2016, p.165-166.

Quanto ao órgão que exerce o controle jurisdicional, no Brasil, pressupõe-se que as leis são constitucionais até que o Poder Judiciário determine a constitucionalidade, neste caso o mesmo atua quando provocado. O controle político, é um ato exercido pelo bem do interesse público, e o jurisdicional é exercido pelo poder judiciário. Significa que quanto a competência, o controle é difuso e concentrado.

O controle difuso diz que os juízes monocráticos, ou tribunais verificando um caso específico, podem deixar de aplicar determinada norma por considerarem esta inconstitucional, aquele caso por sua vez, não julga a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

A finalidade principal do controle difuso-concreto é a proteção de direitos subjetivos. Por ser apenas uma questão incidental analisada na fundamentação da decisão, a inconstitucionalidade pode ser reconhecida inclusive de ofício, ou seja, sem provocação das partes. Sua análise ocorre na fundamentação da decisão, de forma incidental (*incidenter tantum*), como questão prejudicial de mérito. O órgão jurisdicional não a declara no dispositivo, tão somente a reconhece para afastar sua aplicação no caso concreto.³⁶

A Constituição Brasileira em seu artigo 102, prevê que o controle concentrado seja exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, e outras hipóteses em que este atuará para definir a constitucionalidade das normas.

Neste trabalho, frisa-se o controle concentrado, pois foi por meio destes que as ações afirmativas foram discutidas no judiciário. Nos dizeres de Luiz Guilherme” (...)afirma-se que, nos sistemas em que o controle da constitucionalidade é feito por uma Corte Constitucional, encarregada de julgar ações diretas, o controle é concentrado.” (MARINONI, 2017, p.1005) Este controle, foi idealizado por Hans Kelsen, e previsto primeiramente na Constituição da Áustria em 1920.

Quanto às formas de inconstitucionalidade diversas são as distinções, existem ainda as total ou parcial que diz respeito a nulidade da lei e sua total retirada do ordenamento ou parcialidade quando apenas determinada parte está viciada; por ação ou omissão neste caso refere-se a criação da lei quando o legislativo cria determinada lei que contraria a constituição ou quando este se omite e não cria lei que deveria ser sancionada para cumprir determinada previsão; direta que atinge diretamente as normas primárias ou indireta que verifica determinada lei e a constituição; e por fim originária quando a lei já nasce inconstitucional ou

³⁶ NOVELINO, op. cit., p. 173.

superveniente quando determinada emenda ou texto torna esta lei anterior inconstitucional.

Estas distinções, importam no sentido de visar apontar a importância do controle de constitucionalidade, que neste trabalho destaca-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental bem como a Ação Declaratória de Constitucionalidade que serão tratadas a seguir, mecanismos esses que foram utilizados para verificar a constitucionalidade das ações afirmativas, no âmbito do ensino superior e dos concursos públicos.

3.1 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Cabe esclarecer, que uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, é um tipo de ação ajuizada no Supremo Tribunal Federal, que tem por objetivo, evitar ou reparar a lesão, de um preceito fundamental estabelecido na Constituição Federal, regulamentada pela Lei 9.882/99, trata-se de um instrumento de controle concentrado, e tem sua competência reservada para processo e julgamento ao Supremo Tribunal Federal Art. 102º, §1º Constituição Federal;

3.1.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186

Neste caso a ADPF, foi ajuizada pelo Partido Democratas, que visava a declaração da inconstitucionalidade de atos tomados pela UNB- Universidade Federal de Brasília, no tocante a reserva de vagas para a população negra e indígena, nos processos seletivos de vestibulares em junho de 2004.

O direito fundamental à educação, se encontra estabelecido nos art.6 e 205 a 214 da Constituição. Sendo assim é dever do estado e da família promover e incentivar a educação, para garantir o desenvolvimento adequado dos indivíduos, para a garantia da cidadania e uma qualificação para o mercado de trabalho.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

(...)

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

(...)

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: ³⁷

A Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental 186, ajuizada em 2009 pelo DEM, alegou que as cotas violam fundamentos constitucionais, também estabelecidos na constituição como: princípio da dignidade da pessoa humana, repúdio ao racismo, princípio da igualdade, direito universal à educação, meritocracia.

O STF julgou em 2012, improcedente por unanimidade de votos o pedido presente na ADPF 186, por diversos fundamentos esclarecidos pelos juízes como: as políticas de ações afirmativas estabelecidas pela UNB promovem um ambiente plural e diversificado, e tem por objetivo superar as distorções sociais historicamente solidificadas esclarecidas no capítulo 01 deste trabalho, além do que esses meios são marcados pela proporcionalidade e razoabilidade, e constituem medidas transitórias com revisão de seus resultados.

Promovem ainda, uma reparação com fundamento no artigo 3º, inciso I, que preconiza como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

De acordo com alguns ministros, as cotas raciais cumprem também o dever constitucional que é atribuído ao Estado, a responsabilidade com a educação, além de serem compatíveis com a constituição por observarem a proporcionalidade e a função social da universidade. A pequena quantidade de negros nas universidades, é decorrente de um processo histórico, efetivado em um modelo escravocrata de desenvolvimento, e uma enorme dificuldade no acesso à universidade por meio do vestibular.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski, destacou que “o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear”. Ainda apontou que os “critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou,

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

até mesmo, acirrar as distorções existentes”. Como resultado, “[o]s principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente”

Com a existência do déficit educacional e cultural, dos negros e pobres decorrentes da falta do acesso à educação, o Ministro Cezar Peluso afirmou em seu voto que existe “um dever, não apenas ético, mas também jurídico, da sociedade e do Estado perante tamanha desigualdade, à luz dos objetivos fundamentais da Constituição e da República, por conta do artigo 3º da Constituição Federal”.

Art. 3; Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;³⁸

O Ministro Ayres Britto, anotou que a Constituição, autoriza a promoção de todas as políticas públicas para proteger os setores sociais histórica e culturalmente desfavorecidos. “São políticas afirmativas do direito de todos os seres humanos a um tratamento igualitário e respeitoso. Assim é que se constrói uma nação”.

3.1.2. ADC 41 EM CONTINUIDADE A ADPF 186

A Lei 12.990/2014, que será tratada a seguir, representa uma etapa subsequente a adoção da reserva de vagas para estudantes negros e pardos nas universidades públicas brasileiras, ela vem ao encontro da necessidade da diversificação na administração pública, bem como era necessário nas universidades públicas.

Cumprindo ainda com a determinação da Lei 12.288, de 2010, que, em seu artigo 39, dispõe que “o poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas”.

Os concursos públicos, bem como os processos seletivos dos vestibulares possuíam até então um método de seleção isonômico e meritocrático, não sendo suficiente na garantia de um tratamento igualitário entre os indivíduos, falhando em desenvolver as dívidas históricas existentes no tangente a correção.

³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Ambas possuem a mesma proporcionalidade no tocante a reserva das vagas, no entanto nos concursos públicos aplica-se uma certa rigidez, já que é necessária uma disponibilidade de no mínimo três vagas para a aplicação das cotas. Também é necessário, como no caso das universidades uma autodeclaração racial, no entanto essa agora irá passar por uma fiscalização, que busca evitar as fraudes ocorridas no sistema.

Não cabe aqui somente falar dos reflexos que ADPF 186, insurge na ADC 41. É importante ressaltar, que está mostra-se um passo seguinte a mesma, no que diz respeito à concretização da dignidade da pessoa humana, pois garante-se o pleno desenvolvimento da população preta, na concretização de oportunidades como a educação no ensino superior, bem como o pleno desenvolvimento e meios de subsistência próprios, tendo em consideração a estabilidade oriunda dos concursos públicos, visando superar a evidente situação de desigualdade entre a população negra e parda e branca neste país, conforme os dados apontados.

Desta forma garantindo a população negra e parda, direitos básicos como trabalho e ensino superior, busca-se a certo prazo reduzir a situação de desigualdade existente, para que assim nas próximas gerações não sejam necessárias ações afirmativas de direitos básicos, pois já se atingiu as condições mínimas para a concretização da dignidade da pessoa humana.

3.2 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, foi introduzida no ordenamento Brasileiro pela Emenda Constitucional nº 03/93, com o objetivo de tornar mais célere a apreciação do judiciário perante temas controversos.

3.2.1 Ação Declaratória de Constitucionalidade 41

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasileiros- OAB, ajuizou no Supremo Tribunal Federal – STF, a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC 41, com pedido de liminar, em defesa da Lei 12.990/2014, a Lei de Cotas.

Segundo a OAB, a existência de posições diversas sobre a constitucionalidade da lei, justifica a intervenção do STF, para pacificar as controvérsias. É necessária a existência deste procedimento, pois como a opinião de diversas instâncias do judiciário não é uniforme, poderia trazer certa insegurança jurídica em concursos públicos federais.

Os requisitos impostos pela Constituição Federal, para o cabimento da ação direta foram respeitados, tendo em vista a legitimidade ativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), conforme art. 103, VII, da Constituição.

3.2.1.1 LEI 12.990 DE 2014

A lei 12.990/14 garante a reserva de vagas nos concursos públicos, para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

A exposição de motivos, ao projeto de lei proposto pelo Executivo (PL 6.738/2013) apresenta como justificativa da reserva de vagas, a necessidade de criação de uma ação afirmativa, para solucionar o problema de sub-representação dos negros e pardos no serviço público federal.

Os dados indicam que há uma enorme diferença entre os percentuais da população negra no país, e os percentuais de negros e pardos entre os servidores públicos federais, enquanto a população negra e parda representa atualmente, segundo dados do estudo de Desigualdades Sociais por Raça ou cor no Brasil de 55,8% da população brasileira, os negros e pardos constituem apenas 30% dos servidores públicos federais.

Respeitados os tramites legais, deve-se entender que a Lei aqui tratada tem uma presunção de constitucionalidade, pois esta graduada conforme o anotou o relator Ministro Luís Roberto Barroso, segundo os parâmetros voltados a garantir a deferência ao legislador.

Pois bem. Tendo em vista todos os parâmetros acima, não é difícil concluir que a Lei nº 12.990/2014 deve ostentar uma presunção reforçada de constitucionalidade. A Lei resultou da aprovação de projeto de lei de iniciativa da Presidência da República, que tramitou em regime de urgência constitucional, e obteve aprovação da quase totalidade dos membros das duas Casas Legislativas. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 6.738/2013 foi aprovado em Plenário por amplíssima maioria: foram 314 votos pela aprovação, 36 pela rejeição e 6 abstenções⁶. Já no Senado Federal, o PL foi aprovado pelo Plenário por votação simbólica, contando com a manifestação favorável de todos os presentes⁷. Ademais, a Lei nº 12.990/2014 se destina à proteção de direitos fundamentais de grande relevância material – como o direito à igualdade – titularizados por minorias estigmatizadas, como são os negros.³⁹

³⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 13078470. Inteiro Teor do Acórdão - Relatório ADC 41 / DF. 2017. p. 38.

São esses: a) o grau de legitimidade democrática do ato normativo, se refere ao grau de consenso parlamentar sobre a temática, conferindo peso conforme o apoio deste; b) a proteção de minorias estigmatizadas, caso a temática desfavoreça os grupos minoritários, deve ter menor presunção de constitucionalidade, o que ocorre diversamente na lei 12.990/2014; c) a relevância material do direito fundamental em jogo, ou seja deve se observar o rigor nas normas que versem sobre direitos como a igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade de expressão. Os conceitos descritos pelo ministro foram retirados dos livros *Justicia constitucional y democracia*, 1997 do autor Victor Ferreres Comella; e *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, dos autores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto.

3.2.1.2 A CONSTITUCIONALIDADE

A discussão acerca da constitucionalidade da Lei 12.990/2014, se deu em momento posterior a publicação, com pedido de medida cautelar e julgamento em maio de 2017, visava regular a reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas, oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

Na ação, busca-se afastar a controvérsia judicial acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. O requerente afirma haver decisões contraditórias a respeito da validade da lei em questão em diversas instâncias do país. Nesse sentido, aponta, de um lado, decisões que afastaram a sua aplicação, em controle difuso, por considerarem que a política de reserva de vagas para negros em concursos públicos viola o direito à igualdade (CF/1988, art. 5º, caput), a vedação à discriminação (CF/1988, art. 3º, IV), o princípio da eficiência (CF/1988, art. 37, caput), o princípio do concurso público (CF/1988, art. 37, II) e o princípio da proporcionalidade ⁴⁰

Passa-se então a análise dos dispositivos acima mencionados, que supostamente ferem os direitos consagrados constitucionalmente. Diversos dos princípios alegados de violação, já foram objeto do Supremo Tribunal Federal, como é o caso do direito a igualdade, e da vedação a discriminação, entendimentos pacificados por esta, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, descrita aqui anteriormente.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade 41 busca, portanto, verificar a constitucionalidade da reserva de vagas, com o princípio da eficiência do serviço

⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 13078470. Inteiro Teor do Acórdão - Relatório ADC 41 / DF. 2017. p. 7.

público e ainda a necessidade das cotas nos concursos públicos tendo em vista a previsão no ensino superior.

Portanto, nesta ação, para concluir acerca da constitucionalidade ou não da Lei nº 12.990/2014, o STF deve se manifestar especificamente sobre (i) a possibilidade de compatibilizar a reserva de vagas em concursos públicos com o princípio da eficiência, bem como (ii) a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da instituição de política de ação afirmativa para negros em concursos públicos, considerando-se a existência de cotas na educação superior.⁴¹

Quanto à afronta ao direito à igualdade e ao princípio da isonomia aqui descrito previsto no Art. 5 da Caput da Constituição Federal *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”*, é certo dizer que esta veda o tratamento desproporcional entre os iguais, contudo o que se esclarece por meio de dados apresentados no segundo tópico deste trabalho é que a população negra e parda não se encontra nessa situação.

Assim a discriminação positiva aqui proposta, visa buscar também a justiça social, e deve-se observar que existem outras previsões na Constituição Federal, de ações afirmativas como no caso para as pessoas portadoras de deficiência, e nesses casos não são discutidas a violação desses direitos. Com essas discriminações positivas, o estado alcança outros objetivos das Constituições, como o conceito de Ferdinand Lassale para estas, que está previsto no Art. 3 da Constituição Federal. Neste sentido foi o voto do Relator Senhor Ministro Luís Roberto Barroso:

A Constituição de 1988 contempla essas três dimensões da igualdade. A igualdade formal vem prevista no art. 5º, caput: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Já a igualdade como redistribuição decorre de objetivos da República, como “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III). Por fim, a igualdade como reconhecimento tem lastro nos objetivos fundamentais do país de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV), bem como no repúdio ao racismo (art. 5º. XLII)¹⁰. Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a ordem constitucional não apenas rejeita todas as formas de preconceito e discriminação, mas também impõe ao Estado o dever de atuar positivamente no combate a esse tipo de desvio e na redução das desigualdades de fato.⁴²

⁴¹ Ibid., 2017, p. 36.

⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 13078470. Inteiro Teor do Acórdão - Relatório ADC 41 / DF. 2017. p. 40.

Um fato é que a lei, não obriga os demais órgãos públicos estaduais e municipais, pois estes não foram enquadrados à lei. Porém, ocorre que muitos agindo em concordância com a lei, já realizaram legislação própria sobre a temática, como é o caso da cidade de Uberlândia que no disposto na Lei Municipal nº 12.300, de 20 de novembro de 2015, instituiu a reserva de vagas nos concursos públicos municipais. O Ministro ainda reafirma em seu voto, a necessidade de superar essas desigualdades:

Portanto, diante da persistência das desigualdades enfrentadas pela população afrodescendente, evidenciada em todos os indicadores sociais, há fundamento constitucionalmente legítimo para a desequiparação promovida pela Lei nº 12.990/2014. Afinal, a reserva de vagas para negros no serviço público se volta a combater o racismo estrutural presente na sociedade brasileira, na linha dos compromissos firmados pela Constituição de 1988 com a promoção da igualdade em seu sentido material, com a redução das desigualdades e com o combate ao racismo (CF/1988, arts. 3º, III e 5º, caput e XLII).⁴³

O Ministro, ao tratar da temática de igualdade, ainda destaca diversos pontos, salientando que a medida busca reduzir a desigualdade material, atuando com uma justiça distributiva, garantindo neste sentido somente uma igualdade de oportunidades, para que esses possam concorrer em igual situação. Deve-se ter em consideração também que o país tem intrínseco um perverso racismo institucional e estrutural, oriundo da abolição da escravidão, que acaba por discriminar grande parte da população brasileira.

No caso dos candidatos negros, parece evidente que inúmeros fatores, como a ausência de condições financeiras para aquisição de material didático, para frequentar cursos preparatórios e para dedicar-se exclusivamente ao estudo, os impedem de competir em pé de igualdade com os demais concorrentes, razão pela qual se exige do Estado uma atuação positiva no sentido de calibrar os critérios para aferir o mérito dos candidatos. Por tudo isso, entendo que a reserva de vagas para negros em concursos públicos instituída pela Lei nº 12.990/2014, com a finalidade de facilitar a inserção social e a obtenção de postos de prestígio por um grupo historicamente alijado na distribuição de recursos e de poder na sociedade, mais do que compatível com a Constituição, realiza adequadamente os fins por ela propugnados, no sentido de efetivar a igualdade material.⁴⁴

Essas medidas, visam não somente equiparar as desigualdades existentes, como também garantir a gerações futuras, a quebra do ciclos da teoria de representação, pois a partir do momento que a população negra passe a ocupar cargos de maior prestígio na sociedade, poderá ser alterado as posições de valores

⁴³ Ibid., 2017. p. 47.

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 13078470. Inteiro Teor do Acórdão - Relatório ADC 41 / DF. 2017. p. 38.

para as crianças em comunidades carentes, que muitas vezes consideram os traficantes da sua comunidade modelos a serem representados, essa representação produz também a perpetuação do falso ideal de que os brancos são superiores.

De fato, o racismo estrutural produz injustiças que não se confinam à estrutura econômica da sociedade, envolvendo, ainda, a ordem cultural ou simbólica existente. Para Nancy Fraser, tais injustiças decorrem de modelos sociais de representação que, ao imporem determinados códigos de interpretação, recusariam os “outros” e produziram a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo. Tal qual aponta, “padrões de valor cultural eurocêntrico privilegiam traços associados à 'brancura', enquanto estigmatizam tudo o que codificam como 'negro', 'pardo' ou 'amarelo', paradigmaticamente - mas não apenas - pessoas de cor. O efeito é interpretar minorias étnicas, imigrantes raciais, populações nativas (...) como 'outros' inferiores e degradados, que não podem ser membros plenos da sociedade”. O remédio demandado, nesse caso, seria, assim, o reconhecimento, que envolve a modificação de determinados padrões de aceitabilidade social e a valorização da diferença⁴⁵

Essa medida produz indiretamente também, a valorização da autoestima da população negra, trazendo a esses o auto reconhecimento da sua condição como negro, fato é que os dados da PNAD Contínua de auto declaração estão se elevando. Além do mais garante ao quadro de servidores públicos, um ambiente plural e diversificado.

A medida produz, em segundo lugar, um efeito positivo sobre o próprio reconhecimento e a autoestima da população afrodescendente. Repare-se que, nos últimos anos, as diversas políticas de combate ao racismo e a introdução de cotas para negros nas universidades públicas já produziram a ampliação do reconhecimento desse grupo. Como apontou o IPEA, o aumento progressivo do número de pretos e pardos nos Censos do IBGE não se deve à diferença das taxas de fecundidade das populações negra e brancas, mas sobretudo à ampliação do número de indivíduos que passaram a se reconhecer como negros⁴⁵. A reserva de vagas é também capaz de impulsionar a formação de novas lideranças negras em todas as carreiras e centros de poder na administração federal, que poderão vocalizar as demandas e promover os direitos desta parcela da população.⁴⁶

Quanto à ofensa aos princípios do concurso público e o princípio da eficiência, previsto no Art. 37, II da Constituição Federal, alega-se que o sistema de cotas está infringindo regras de qualificação objetiva para acesso aos cargos públicos.

A atual forma de investidura em cargos públicos mediante prova de títulos ou prova conforme o Art. 37, II da Constituição Federal, constitui mecanismo garantidor dos princípios constitucionais, como a legalidade, impessoalidade, moralidade,

⁴⁵ Ibid., 2017, p.51.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 13078470. Inteiro Teor do Acórdão - Relatório ADC 41 / DF, 2017, p.52.

publicidade e eficiência, este mecanismo se tornou um passo futuro, para que fosse superado a indicação de familiares e outros para os cargos públicos.

Contudo não cabe dizer, que os mecanismos de garantir um ingresso foram ofendidos, nas palavras do Ministro Relator p. 54 do Relatório da ADC 41 em seu voto “mediante um regime de livre concorrência, com igualdade de oportunidade de acesso para todos os candidatos e impessoalidade nos critérios de seleção” pois não se trata de uma desequiparação arbitrária, e sim de uma forma de promover à igualdade material na concorrência das vagas. Na promoção da concorrência das vagas, ocorre ainda a potencialização do princípio da eficiência devido ao conceito da representatividade, já que agora grande parte da população se sentirá esteticamente representada.

As cotas nos concursos públicos, permitem ainda o alcance do interesse público, ora se o objetivo é selecionar candidatos aptos a desempenharem funções com habilidades físicas e intelectuais, entende-se que todos os concorrentes possuem as competências estabelecidas no edital, e portanto, não se pode alegar a violação ao princípio da eficiência, tendo em vista, que os candidatos negros também irão seguir regras conforme previsto no edital e sendo necessário atingir uma pontuação mínima prevista, não cabe aqui falar em diminuição do nível intelectual para provimento dos cargos públicos, o próprio processo induz que aqueles que possuem os critérios estabelecidos no edital possuem essa competência.

O que ocorre é a disposição das vagas para os candidatos aprovados, e inexistente qualquer vedação a esta prática, que já vem sendo praticado pela Administração como a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência previsto na Constituição Federal no Art. 37, VIII. Assim não se pode afirmar a violação desses princípios, neste sentido foi o voto do Ministro Relator:

Portanto, a reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014 não viola os princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não constitui uma modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se em cargo ou emprego na administração pública federal sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento. Ao contrário, como qualquer outro candidato, o beneficiário das cotas deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, permite sua realização em maior extensão, na medida em que pode contribuir para que todos os pontos

de vista e interesses da comunidade e de seus membros sejam considerados na tomada de decisões estatais.⁴⁷

Referente ao princípio da proporcionalidade, alega-se que o mesmo estaria ferido, pois traria aos candidatos negros dupla vantagem de ingresso, contudo observado este princípio, a lei atende a todas dimensões. A medida é adequada, pois visando superar o racismo estrutural e institucional, garante a igualdade material na concorrência das vagas. Esta também é necessária, em razão de inexistir qualquer outra medida pelo poder público, que vise atender os mesmos objetivos desta lei, e embora as cotas no ensino superior permitam a concorrência em tese igualitária, não torna a lei 12.990/2014 desnecessária. Deve-se considerar também que nem todos cargos e empregos públicos exigem ensino superior, e nem todos os candidatos das cotas do serviço público ingressaram nas universidades mediante cotas raciais.

Por fim, a medida é proporcional em sentido estrito, pois a determinação de uma reserva de 20% das vagas para negros engendra mais benefícios para os princípios tutelados do que custos decorrentes da sua implementação nos concursos públicos. Afinal, além de uma parcela relevante das vagas nos concursos públicos ainda continuarem destinadas à livre concorrência, a lei ainda previu que a reserva de vagas somente será aplicada quando o número de vagas em disputa for igual ou superior a três (art. 1º, § 1º).⁴⁸

Tal fato, é que além da necessidade da criação de uma nova elite intelectual e profissional no país, garantindo a população negra uma representatividade e consequente melhoria em sua autoestima através das cotas nas universidades, nem todos em momento posterior a essa graduação serão aceitos no mercado de trabalho e nada obsta a nova discriminação a que serão submetidos em decorrência do racismo velado. Ainda assim, existem na disputa entre os concorrentes, a desequiparação, devido à ausência de condições financeiras para cursos preparatórios e tempo dispendido ao estudo, tendo em consideração que a grande maioria não pode deixar de trabalhar para garantir subsistência ao lar.

Além de todos os objetivos citados acima que a lei 12.990/2014 visa atingir, e os argumentos que demonstram a constitucionalidade da temática, essa política pública tem caráter transitório, tendo um período de vigência de 10 anos, com medidas que visam monitorar os resultados e ainda apontamentos sobre o controle de fraudes, que será discutido a seguir. Posterior a essas cotas, caso as medidas não tenham seu

⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 13078470. Inteiro Teor do Acórdão - Relatório ADC 41 / DF. 2017. p. 38.

⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 13078470. Inteiro Teor do Acórdão - Relatório ADC 41 / DF. 2017. p. 60.

prazo ampliado, se persistirem as desigualdades sociais, deve o poder público adotar e procurar outras medidas que visem o mesmo fim.

3.2.1.2 PREVENÇÃO A FRAUDES

Um dos grandes problemas das ações afirmativas, como as cotas raciais, é a burla a reserva de vagas, que pode se dar tanto por candidatos que se autodeclarem pretos ou pardo, embora não apresentem em seu fenótipo essa coloração, como também pela Administração Pública, quando esta aplica a medida reduzindo o alcance da mesma por meio do edital.

3.2.1.2.1 FRAUDE DOS CANDIDATOS

Embora esteja esclarecido para toda a população sobre o ponto de vista biológico, neste sentido, a inexistência de raças humanas, e divisões quanto a genética que separam brancos e negros, o racismo ainda persiste na sociedade. E este persiste e segrega baseado na cor exteriorizada por determinada pessoa, a discriminação racial então ocorre devido ao fenótipo.

Assim, a Lei 12.990/2014 foi concisa na definição dos critérios objetivos para identificar os beneficiários nos programas de cotas, adota-se então o sistema da autodeclaração, que possui como vantagem a simplificação dos procedimentos e ainda a valorização da autopercepção da população a partir do fenótipo, pois faz com que estes se reconheçam enquanto negros. Os problemas na autodeclaração, se encontram no momento que grande parte da população, pode se tornar oportunista e se autodeclarar negra, descumprindo com os objetivos que a lei foi proposta.

Por isso foi importante a definição e critérios, que a lei traz nos termos de seu artigo 2º, determinando o critério de identificação, porém trazendo um importante instrumento que visa inibir a prática de fraudes, pois no parágrafo único do mesmo artigo traz que a punição se constatada fraude, segue o dispositivo a seguir:

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Além deste instrumento, incentiva-se a criação de outros critérios subjetivos, para a vedação de posteriores fraudes, para fins de fiscalização, utiliza-se a criação de comissão dos concursos previstas em edital, que fiscalizem autodeclarações presenciais, envio de fotos, e até mesmo possíveis entrevista para candidatos.

Importante foi garantir o contraditório, pois busca-se respeitar os princípios da dignidade humana, e ainda deve-se considerar que, em decorrência do alto grau de miscigenação brasileira, na dúvida razoável quando ao fenotípico de determinada pessoa, deve prevalecer a autodeclaração da identidade racial.

3.2.1.2.2 FRAUDE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O ministro Relator, aponta ainda em seu voto que a Administração Pública por vezes pode tentar se opor ao cumprimento da lei, embora estes estejam obrigados a verificar os critérios estabelecidos. Este traz, que em uma Nota Técnica emitida pelo IPEA, foi constatado em diversos concursos a tentativa de limitação de cotas nas fases dos concursos, e por muitas vezes nas fases iniciais onde a concorrência é elevada, reduzindo então a abrangência da medida. Já em concursos com número restrito de vagas, a lei poderia não vir a ser aplicada tendo em consideração nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.990/2014, “a reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três)”, neste caso seria necessário medidas como aglutinação de vagas para efetivação da lei.

Portanto, com o objetivo de garantir a efetividade desta política de ação afirmativa, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em relação a todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas naquelas oferecidas no edital de abertura); (iii) deve-se aglutinar, sempre que possível, as vagas em concursos com baixo número de vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da política.⁴⁹

Cumprido frisar ainda, que conforme previsto na Lei 12.990/2014, deve ser aplicada a política de cotas raciais em todos os concursos públicos federais publicados após a vigência desta lei, o que inclui automaticamente os três poderes do Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário, e os órgãos autônomos como Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União.

⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 13078470. Inteiro Teor do Acórdão - Relatório ADC 41 / DF. 2017. p.60.

Embora não conste previsão expressas, muitos municípios e estados tendem a adotar a mesma medida em suas governanças, como citado anteriormente o caso do município de Uberlândia e suas cotas raciais em âmbito interno.

3.3 SITUAÇÃO A NÍVEL ESTADUAL

Recentemente em 25 de setembro de 2019, o Tribunal de Justiça de Paraíba, julgou improcedente a ação proposta pela Defensoria Pública de Paraíba, a ação tinha como objetivo, obrigar o poder executivo a editar lei que inserisse a medida de cotas raciais em concursos públicos realizados pelo Estado.

O mandado de injunção coletivo impetrado, é considerado um remédio constitucional, previsto na Constituição Federal Art. 5º e inciso LXXI que: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Neste sentido, como voto em unanimidade pelos membros do colegiado, não foram atendidos a finalidade primordial do mandado de injunção coletivo, como os exercícios dos direitos e liberdades constitucionais conforme estabelecido no Art. 5º LXXI da CF, alegando que estes que não estavam previstos no caso concreto. Nas palavras do desembargador Leandro dos Santos "Isso porque a impetrante não indicou o dispositivo constitucional que expressamente assegure o direito à discriminação positiva, com a criação legal de reservas de cotas para concurso público, que representa, no plano do Mandado de Injunção, um dos pressupostos essenciais e necessários à sua impetração" Ocorre que este argumento não prospera, tendo em consideração a discriminação positiva aos portadores de deficiência e a inexistência de vedação quanto a temática.

No Espírito Santo se encontra arquivado, após tramite, um projeto de Lei nº 1/2019, que visa a reserva de 20% das vagas de concursos públicos em âmbito estadual, embora ainda não tenha sido concluído, o Estado já avançou perante aos demais do país, e tem um mecanismo próprio referente ao Ministério Público Estadual para reserva de vagas em âmbito interno a resolução 030/18.

Em Minas Gerais foi aprovado em 13 de janeiro de 2018, foi aprovado a Lei 22.929, que estabelece cotas para o ingresso no curso de administração pública da Escola de Governo da Fundação João Pinheiro (FJP).

Caso se torne recorrente, a demanda de ações estaduais com o objetivo de inserir no ordenamento a política de cotas, ou até mesmo previsões esparsas e não reguladoras, que trazem insegurança, deverá o judiciário com o objetivo de controle de constitucionalidade definir a questão a pacificar controvérsias, pois neste sentido a decisão da justiça de Paraíba foi contrária aos dados da PNAD sobre a desigualdade no país, bem como a medida que visa a igualdade material, definida em legislação própria em âmbito federal e assegurada por meio do julgamento em instância superior.

CONCLUSÃO

Atualmente população negra, não se encontra em igualdade material, de condições de trabalho, renda, educação e emprego, comparados a brancos e pardos, sempre em condição de inferioridade, conforme os dados produzidos pelo Governo. Assim, baseando-se na Constituição e nos seus objetivos estabelecidos e na busca por uma sociedade mais igual, deve-se buscar mecanismos para equiparação desta população, que está nesta situação devido a uma situação de abandono após a abolição da escravidão.

Após anos de luta e conquista de alguns direitos, e com o advento do Estatuto da Igualdade Racial, que obriga o Estado a tomar medidas para combater as desigualdades, introduz-se no Estado Brasileiro as ações afirmativas. Primeiramente nas Universidades, onde após o julgamento da ADPF 186 em 2014 tornou obrigatório a implementação desta medida, em todas as universidades federais e autarquias pelo prazo de 10 anos.

Posteriormente a Lei 12.990/2014 traz a reserva de vagas aos concursos públicos federais, pois não somente as ações afirmativas nas universidades reduzem as desigualdades nos quadros de servidores públicos e sua representação, são necessárias medidas para tornar o processo seletivo equiparados aos participantes.

Busca-se aqui a igualdade material, tendo em consideração não somente a condição histórica de abandono após a abolição da escravidão, mas também o respeito ao que está preconizado no Art.3 da Constituição Federal e seus objetivos.

A inconstitucionalidade não prospera, não foram violados os princípios da eficiência e do concurso público, pois somente ocorre a alteração na disposição das vagas, buscando garantir uma equiparação nas condições de disputa as vagas, vagas que são escassas. Tem-se em consideração também, que a população negra está em condição de inferioridade, não possui condições financeiras para cursos preparatórios, e até mesmo o tempo disposto para estudar pros concursos públicos é diferente em razão da necessidade de garantir meios de subsistência. Quanto ao princípio da eficiência não incorre dizer em violação, pois os requisitos objetivos de intelecto a população estabelecidos em edital, também foram respeitados pela população negra.

A lei 12.990/2014 foi sucinta, a estabelecer o critério de autodeclaração para as cotas em concurso público, e a previsão de punição com eliminação do concurso de constatadas declarações falsas, busca inibir as fraudes possam ser praticadas.

Para a constatação dessas fraudes importante a criação de comissões que fiscalizem o processo e as declarações encaminhas posteriormente, mas deve-se observar que devido à grande miscigenação brasileira, em caso de dúvida devido ao fenótipo, deve prevalecer a autodeclaração.

Quanto a Administração Pública, deve-se verificar que a mesma não realize práticas que visem diminuir a aplicação das cotas raciais. Dessa forma em concursos com várias etapas, deve ser aplicada a previsão da lei em todas as fases, já em editais com baixo número de vagas, observar-se-á possível aglutinação das vagas, para concretização do disposto em lei. A lei deverá ser aplicada ainda, a todos os concursos futuros que visem vagas, no âmbito da administração pública federal.

Ressalta-se a importância de apresentar a temática, pois atualmente muitos ainda se mostram contrários a políticas de ações afirmativas como cotas, e trabalhos acadêmicos devem para cumprir a sua função social, trazer de forma clara a população leiga e aos demais interessados, a necessidade de equiparação de igualdade material respeitado o disposto na Constituição, como também o dever de corrigir as distorções sociais históricas.

Mesmo atualmente o tema não sendo controverso, diante a flexibilização de diversos direitos como os trabalhistas e previdenciários, estes trabalhos devem buscar reafirmar o compromisso que o governo tem perante a sociedade baseado nos preceitos constitucionais, que são normas base e cláusulas pétreas da Constituição conforme o artigo 60 § 4 e os direitos e garantias individuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 82.424-2/RS, Brasil, DF, 19 de setembro de 2003, Diário da Justiça, Brasília, DF, 19 de março de 2004

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 13078470. Inteiro Teor do Acórdão - Relatório ADC 41 / DF. 2017. p. 38.

COSTA, Sérgio. Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006

CROSARA, Daniela de Melo. A política afirmativa na educação superior: contributos e dilemas do sistema de cotas da Lei nº 12.711/2012– Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

QUERINO, Manoel. Costumes africanos no Brasil. 2. ed. Recife: Massangana /Fundação Joaquim Nabuco, 1988

FERNANDES, Florestan. A integração do negro na sociedade de classes. v. 1 e 2. São Paulo: Ática, 1978

FONSECA, Dagoberto J. História da África e afro brasileira na sala de aula. In: Souza, Rosana de; Benedito, Vera Lúcia (orgs.). Orientações curriculares: expectativas de aprendizagem para a educação étnico-racial na educação infantil, ensino fundamental e médio. São Paulo: Secretaria Municipal de Educação, DOT, 2008

FONSECA, Dagoberto José. Políticas Públicas e Ações Afirmativas. (Consciência em Debate/Coordenada por Vera Lúcia Bonfim.) São Paulo: Selo Negro, 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

JACCOUD, Luciana de Barros. Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental / Luciana de Barros Jaccoud e Nathalie Beghin. - Brasília Ipea, 2002.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional- 11. ed. rev., amp. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivum, 2016

ONU, Organização das Nações Unidas. Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecRacPrecRac.html> acesso em 25 de Julho de 2019

Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 22/2008 | p. 246 - 255 | Jul - Dez / 2008 Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 1 | p. 857 - 868 | Ago / 2011 | DTR\2008\483

SOUZA, Celina. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, no 16, jul/dez 2006

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional- 7ed.- São Paulo: Saraiva Educação 2018.

SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010

SKIDMORE, Thomas E. Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

Os dados referentes ao censo populacional, foram retirados da matéria IBGE mostra as cores da desigualdade da Editoria: Revista Retratos | Irene Gomes e Mônica Marli, disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21206-ibge-mostra-as-cores-da-desigualdade>. Acesso em: 31 de outubro de 2019

Os dados da PNAD Continua 2018 e 2017, foram retirados do recorte de dados produzidos pela matéria da Revista Exame do Grupo Abril, produzido por João Pedro Caleiro, publicado em 20 de novembro de 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/os-dados-que-mostram-a-desigualdade-entre-brancos-e-negros-no-brasil/> Acesso em: 31 de outubro de 2019

Os dados do estudo, foram retirados do estudo Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil, o recorte foi produzido pela Editoria: Estatísticas Sociais, e publicado em 13 de novembro de 2018, disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25989-pretos-ou-pardos-estao-mais-escolarizados-mas-desigualdade-em-relacao-aos-brancos-permanece> Acesso em: 15 de Novembro de 2019